UNIVERSIDADE SÃO JUDAS
CURSO DE DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO II

CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA: Análise do Julgamento da ADO n. 26 pelo STF

Relatório de pesquisa apresentado à coordenação do Curso de Direito da Universidade São Judas, como requisito parcial para a continuidade das atividades de pesquisa necessárias à elaboração do Trabalho de Conclusão de Curso, o qual é requisito parcial para obtenção do diploma de Bacharel em Direito.

Orientador: André Nascimento

São Paulo, mês e 2023

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo analisar a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão número 26 - que enquadrou os atos de homofobia e transfobia nos crimes previstos na Lei 7.716/89 (Lei de Racismo). A ação foi proposta a fim de que seja imposto ao Poder Legislativo o dever de elaborar legislação criminal que puna os crimes citados como espécies do gênero "racismo". Este julgamento preocupou-se com a mora do Congresso Nacional em dar efetividade aos preceitos da Constituição Federal Brasileira de 1988 (vide o art. 5º, incisos XLI e XLII) que vedam a discriminação e qualquer tipo de preconceito. Assim, busca-se entender mais profundamente este problemática no Brasil, elencando as possíveis lacunas no ordenamento jurídico e o posicionamento do STF em busca de uma solução. Utilizou-se no presente trabalho o método analítico, e mais especificamente estudo de um caso e como técnicas de pesquisa, optou-se pela revisão de literatura.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

Capítulo 1 – Conceitos e Histórico

1.1 – Orientação Sexual.

1.2 – Identidade de Gênero.

1.3 – Homofobia.

1.4 – Transfobia.

1.5 – O movimento LGBTQIAP+.

1.6 – OMS e a despatologização da homossexualidade e transexualidade.

Capítulo 2 – Como o ordenamento jurídico brasileiro protege a comunidade LGBTQIAP+.

2.1 – Luta por reconhecimento legal.

2.2 - ADPF 132 / ADI 4277 – Reconhecimento da União Homoafetiva como entidade familiar.

2.3 - RE 845779 - Tratamento social das pessoas Transexuais.

2.4 - RE 846102 – Adoção por casais Homoafetivos.

2.5 - ADI 5971 – Conceito de Família.

2.6 - ADI 5543 – Restrição de doação de sangue por homossexuais.

2.7 - SUS passa a realizar cirurgias de redesignação sexual.

Capítulo 3 – Criminalização da Homofobia pelo STF na ADO 26.

3.1 – O que é uma ADO.

3.2 – A inércia do Poder Legislativo.

3.3 – A importância e mudança efetiva da ADO.

3.4 – Homofobia e Transfobia como forma contemporânea de Racismo e a análise do voto do Ministro Celso de Mello.

INTRODUÇÃO

TEMA: Criminalização da Homofobia e Transfobia.

Segundo o relatório de 2021 da Transgender Europe (TGEU), que monitora dados globalmente levantados por instituições trans e LGBTQIA+, 70% de todos os assassinatos de mulheres trans e travestis registrados aconteceram na América do Sul e Central, sendo 33% no Brasil. Estes números preocupantes mostram como esta comunidade está longe de ter os seus direitos assegurados.

Apesar de a Constituição Federal Brasileira garantir a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, fica evidente à falta de punição a atos de discriminação praticados em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero da vítima. Assim sendo, o presente trabalho se justifica pelo novo e histórico posicionamento da Suprema Corte Brasileira, ao equiparar a homofobia e transfobia aos crimes de racismo, tendo em vista a omissão do Poder Legislativo em buscar solução para o tema.

Dentro desta problemática, é possível levantar assuntos de extrema importância para a sociedade como a apresentação dos conceitos de homofobia e transfobia, assim como a análise do contexto histórico que enraizou a descriminação que a comunidade LGBTQIA+ vem sofrendo no decorrer dos anos.

Apesar da eleição de 2022 bater o recorde de número de pessoas da comunidade LBTQIAP+ eleitas – ao todo, segundo dados da VoteLGBT - ONG (Organização Não-Governamental), 18 parlamentares ocuparão uma cadeira no legislativo brasileiro no próximo mandato - ainda é possível observar o crescimento de grupos religiosos e conservadores que são contrários ao reconhecimento de direitos deste grupo, sendo um assunto em pauta em nossa sociedade.

Sob a luz do Direito Constitucional, alguns doutrinadores servirão de base para determinados conceitos e análises – como Pedro Lenza, Gilmar Mendes e Alexandre de Morais -, assim como a análise crítica sobre as principais mudanças efetivadas pela ADO n. 26. Outros autores específicos serão estudados para aprofundar a temática LGBTQIAP+ – sendo Daniel Borrillo, Judy Butler e Wendy Brown alguns deles.

Capítulo 1 – Conceitos preliminares.

1.1 – Orientação Sexual

Antes de nos debruçarmos sobre o objeto desta pesquisa, é importante estudar alguns conceitos que cercam o assunto – e o primeiro deles é a orientação sexual que faz parte da identidade sexual de um indivíduo.

Segundo os Princípios de Yogyakarta (2006, p.7) - conjunto de diretrizes sobre os direitos humanos e orientação sexual e identidade de gênero com o objetivo de fornecer orientações claras e abrangentes para a promoção e proteção de pessoas da comunidade LGBTQIAP+, a orientação sexual é a capacidade do indivíduo de ter uma atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, mesmo gênero ou mais de um gênero, bem como ter relações sexuais com essas pessoas.

É importante ressaltar que a orientação sexual é pode ser expressa de maneiras diferentes ao longo da vida. Nesse sentindo, podemos categorizar algumas formas de orientações sexuais:

1. Heterossexualidade: é a orientação sexual em que uma pessoa sente atração emocional, romântica e/ou sexual predominantemente pelo sexo oposto.
2. Homossexualidade: é a orientação sexual em que uma pessoa sente atração emocional, romântica e/ou sexual predominantemente pelo mesmo sexo.
3. Bissexualidade: é a orientação sexual em que uma pessoa sente atração emocional, romântica e/ou sexual por pessoas de ambos os sexos.
4. Pansexualidade: é a orientação sexual em que uma pessoa sente atração emocional, romântica e/ou sexual independentemente do gênero ou da identidade de gênero da outra pessoa.
5. Assexualidade: é a orientação sexual em que uma pessoa não sente atração sexual por outras pessoas. Isso não significa que a pessoa não possa sentir atração emocional ou romântica, mas sim que a atração sexual não faz parte de sua orientação.

No entanto, vale salientar que existem outras orientações sexuais que podem ser menos conhecidas ou discutidas, e que também merecem respeito e reconhecimento.

1.2 - Identidade de Gênero.

Já a identidade de gênero refere-se à forma como uma pessoa se identifica e se sente em relação ao gênero – é uma experiência subjetiva e individual, diferente do sexo biológico atribuído no nascimento. Algumas pessoas têm uma identidade de gênero que está em conformidade com o sexo que lhes foi atribuído no nascimento e são chamadas de cisgênero. Contudo, outras pessoas podem ter uma identidade de gênero que difere do sexo atribuído, sendo chamadas de transgênero.

> Identidade de gênero é a percepção que uma pessoa tem de si como sendo do gênero masculino, feminino ou de alguma combinação dos dois, independente de sexo biológico, é a convicção íntima de uma pessoa de ser do gênero masculino ou do gênero feminino (YOGYAKARTA, 2006).

A teórica feminista Judith Butler (2016) argumenta que o gênero não é uma característica fixa ou inata, mas sim uma construção social e cultural que é constantemente reproduzido e reforçado através de práticas cotidianas. Ela afirma ainda que a identidade de gênero não é algo que alguém possui intrinsecamente, mas é uma série de performances e gestos repetidos que são internalizados e assumidos como parte de quem somos.

Ainda segundo Butler, o gênero é um desempenho performativo que é moldado por normas sociais e expectativas de gênero. Ela critica a ideia de que existem apenas duas categorias fixas de gênero (masculino e feminino) e argumenta que o gênero é fluido e mutável.

> [...] a ideia de que o gênero é construído sugere um certo determinismo de significados do gênero, inscritos em corpos anatomicamente diferenciados, sendo esses corpos compreendidos como recipientes passivos de uma lei cultural inexorável. Quando a 'cultura' relevante que 'constrói' o gênero é compreendida nos termos dessa lei ou conjunto de leis, tem-se a impressão de que o gênero é tão determinado e tão fixo quanto na formulação de que a biologia é o destino. Nesse caso, não a biologia, mas a cultura se torna o destino. (BUTLER, 2016, p.26)

Judith foi uma das primeiras teóricas que criticou as noções fixas e binárias de gênero e defendendo a possibilidade de uma maior liberdade e diversidade de expressões de gênero. Suas ideias têm sido influentes no campo dos estudos de gênero e têm contribuído para uma compreensão mais crítica e questionadora das normas de gênero.

Além das classificações de cisgênero e transgênero, a identidade de gênero também pode englobar outras duas categorias: 1) Não-Binário: indivíduo cuja identidade de gênero não está limitada às definições de masculino ou feminino e 2) Intersexual: é o termo geral adotado para se referir a uma variedade de condições (genéticas e/ou somáticas) com que uma pessoa nasce, apresentando uma anatomia reprodutiva e sexual que não se ajusta às definições típicas do feminino ou do masculino.

1.3 – Homofobia.

A homofobia é um fenômeno histórico que tem raízes antigas e se manifestou de diferentes maneiras ao longo do tempo. Durante a Idade Média e Renascimento, por exemplo, a homossexualidade foi amplamente reprimida e considerada um pecado. A Igreja Católica promoveu uma visão negativa e condenatória das relações não-convencionais (homem e mulher), ocasionando inúmeros preconceitos que se perpetuam até os dias atuais – segundo a Organização Não-Governamental, Grupo Gay da Bahia, em 2020 registraram-se 300 ocorrências de mortes violentas de pessoas LGBTQIAP+ no Brasil. Com um total de 276 homicídios e 24 suicídios, o país teve uma morte a cada 29 horas.

Apesar dos processos de evolução na sociedade contemporânea, esta problemática ainda se faz bastante presente. Para o desembargador do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4), Roger Raupp Rios, a homofobia é a modalidade de preconceito e de discriminação direcionada a homossexuais.

> A literatura registra a utilização do termo "homofobia" no final da década de 60 do 7 século passado. Foi na pesquisa do psicólogo estadunidense George Weinberg, procurando identificar os traços da "personalidade homofóbica", realizada nos primeiros anos de 1970, que o termo ganhou foros acadêmicos, correspondendo a uma condensação da expressão "homosexualphobia" (Young-Bruehl, 1996, p. 140). Outra nota relevante é a proposição do termo a partir da experiência da homossexualidade masculina, donde a proliferação de outros termos objetivando designar formas correlatas e específicas de discriminação, tais como a putafobia (prostitutas), transfobia (transexuais), lesbofobia (lésbicas) e bissexualfobia (bissexuais). (RIOS, 2007, p. 27)

Já para Daniel Borrillo (2015), pesquisador e professor de Direito da Universidade Paris X-Nanterre, essa violência pode ser caracterizada como uma forma de medo, sendo representada como uma manifestação emotiva, sendo o possível sentido original do termo “homofobia”.

> Uma primeira forma de violência contra gays e lésbicas caracteriza-se por sentimento de medo, aversão e repulsa. Trata-se de uma verdadeira manifestação emotiva, do tipo fóbico, comparável à apreensão que pode ser experimentada em espaços fechados (claustrofobia) ou diante de certos animais (zoofobia). Esse teria sido o sentido original do termo "homofobiá' que, no entanto, se revelou bem depressa como extremamente limitado, abrangendo de forma bastante parcial a amplitude do fenômeno. Com efeito, essa forma brutal de violência corresponde unicamente a uma atitude irracional que encontra suas origens em conflitos individuais. (BORRILO, 2015, p.24)

Por fim, Borrilo argumenta que a homofobia cria uma hierarquização das sexualidades (hétero em detrimento do homo), pois a despreza aquelas pessoas que não aceitam ou não se conformam com seu papel predeterminado para seu sexo biológico.

1.4 – Transfobia.

Aqui vale deixar bem clara a diferença entre homofobia (desprezo às pessoas que sentem desejo por pessoas do seu mesmo sexo) e a transfobia que é o preconceito e discriminação contra travestis e transexuais, em razão da identidade de gênero. Para Silva Junior (2011, p. 98), as pessoas transgêneras "são indivíduos que, na sua forma particular de estar e/ou de agir, ultrapassam as fronteiras de gênero esperadas/construídas culturalmente para um e para outro sexo".

Segundo Berenice Bento,

> a transexualidade é uma experiência identitária, caracterizada pelo conflito com as normas de gênero", sendo os transgêneros pessoas que "ousam reivindicar uma identidade de gênero em oposição àquela informada pela genitália e, ao fazê-lo, podem ser capturados pelas normas de gênero mediante a medicalização e patologização da experiência". Isso porque, de acordo com a autora, enquanto o heterossexismo social afirma que "Os gêneros inteligíveis obedecem à seguinte lógica: vagina-mulher-feminino versus pênis-homem-masculino", de sorte a institucionalizar o entendimento de que a complementaridade natural provaria, inquestionavelmente, que a humanidade seria necessariamente heterossexual e que os gêneros só teriam sentido quando relacionados às capacidades inerentes de cada corpo (ou seja, uma construção identitária que ligue necessariamente o sexo biológico do homem ao gênero masculino e o sexo biológico da mulher ao gênero feminino), por conta dessa presunção heterossexista, a transexualidade passa a representar um perigo para estas normas de gênero, "à medida que reivindica o gênero em discordância com o corpo-sexuado. (BENTO, 2018, pg. 15-35)

Assim, a transfobia pode se manifestar de várias maneiras, incluindo a exclusão social, a falta de acesso a serviços e recursos adequados, a negação de direitos civis e a estigmatização social, além das agressões cotidianas.

1.5 – O movimento LGBTQIAP+.

Antes de explicar mais detalhadamente sobre a sigla LGBTQIAP+, vale pontuar que esta está sempre em constante evolução para incluir um novo grupo específico dentro da comunidade.

Assim, a sigla LBTQIAP+ significa: L: Lésbicas - mulheres (cis ou trans) que são emocional, romântica e/ou sexualmente atraídas por outras mulheres. G: Gays – homens (cis ou trans) que são emocional, romântica e/ou sexualmente atraídos por outros homens. B: Bissexuais - pessoas que são emocional,

romântica e/ou sexualmente atraídas por pessoas de mais de um gênero. Isso pode incluir homens e mulheres. T: Transgêneros - pessoas cuja identidade de gênero difere do sexo que lhes foi atribuído no nascimento. Q: Queer/Questionando - o termo "queer" é usado como uma forma inclusiva de abranger pessoas cuja orientação sexual e/ou identidade de gênero não se enquadra nas categorias tradicionais. Também pode representar aqueles que estão em processo de questionamento ou exploração de sua orientação sexual e/ou identidade de gênero. I: Intersexuais - pessoas que nascem com características sexuais que não se encaixam nas definições típicas de "masculino" ou "feminino". Isso pode incluir variações genéticas, hormonais ou anatômicas. A: Assexuais - pessoas que têm uma falta de atração sexual ou um interesse mínimo em atividades sexuais com outras pessoas. P: Pansexuais - pessoas que são emocional, romântica e/ou sexualmente atraídas por outras pessoas, independentemente de seu gênero ou identidade de gênero. O símbolo de "+" é usado para representar a inclusão de outras identidades e orientações sexuais que podem não ser explicitamente representadas nas letras da sigla.

Um dos marcos históricos na luta dos direitos da Comunidade LGBTQIAP+ é a Rebelião de Stonewall que aconteceu em junho de 1969, no bar Stonewall Inn, localizado no bairro de Greenwich Village, em Nova York. Naquela época, as pessoas da comunidade enfrentavam uma grande discriminação e perseguição por parte das autoridades e da sociedade em geral. Os estabelecimentos que acolhiam esse público, como o Stonewall Inn, eram frequentemente alvo de batidas policiais e perseguições.

A Rebelião de Stonewall foi uma importante catalisadora para a formação de organizações ativistas e para o fortalecimento da comunidade LGBTQIAP+. Ela contribuiu para a conscientização dos direitos civis e para o estabelecimento de uma agenda política de combate à discriminação e à opressão.

No Brasil, o movimento LGBTQIAP+ ganhou força no fim da ditadura militar, mais especificamente na década de 70, com a politização da questão da homossexualidade. Na década de 80, eclodiu a pandemia da AIDS e os direitos desta comunidade regrediram, precisando de uma forte mobilização para dar assistência solidária aos enfermos, como na formulação de demandas perante o poder público.

1.6 – OMS e a despatologização da homossexualidade e transexualidade.

O próximo capítulo irá abordar de forma mais minuciosa os avanços jurídicos – especialmente no ordenamento jurídico brasileiro – conquistados pela comunidade LGBTQIAP+, mas antes é importante pontuar outro fato histórico: a despatologização da homossexualidade e transexualidade.

A homossexualidade e a transexualidade foram removidas da lista de doenças pela Organização Mundial da Saúde (OMS) em 17 de maio de 1990, na Classificação Internacional de Doenças (CID-10) – se tornando um marco e símbolo da luta pelos direitos humanos, diversidade sexual, contra a violência e o preconceito. Desse modo, a orientação sexual é considerada uma variação natural da sexualidade humana.

Por consequência, o termo "homossexualismo" entrou em desuso e "homossexualidade" se tornou o termo adequado, pois o sufixo "ismo" está relacionado a doença, além de que o mesmo era utilizado frequentemente em contextos hostis e preconceituosos.

De acordo com a resolução nº 001/99 publicada em março de 1999, o Conselho Federal de Psicologia considerou que a homossexualidade não constitui doença ou distúrbio, e que a sexualidade de cada indivíduo e a forma como cada sujeito a vive faz parte de sua própria identidade. O Conselho (BRASIL, 1999, p.1) considera também que "a Psicologia pode e deve contribuir com seu conhecimento para o esclarecimento sobre as questões da sexualidade, permitindo a superação de preconceitos e discriminações".

Capítulo 2 – Como o ordenamento jurídico brasileiro protege a comunidade LGBTQIAP+.

2.1 – Luta por reconhecimento legal.

Juntamente com o Movimento Negro e o Movimento Feminista, é inquestionável que a luta do Movimento LGBTQIA+ também vem, cada vez mais, ganhando forças, passando a compor um papel importante dentro do cenário de lutas políticas no Brasil.

Um exemplo deste avanço pode ser representado com o seguinte dado: no I Encontro Brasileiro de Homossexuais (IBH), ocorrido em 1980, estiveram presentes apenas 19 grupos organizados – já em 1990, este número passou para 180 grupos e organizações espalhados pelo Brasil.

Desse modo, as demandas da Comunidade LGBTQIA+ passaram a chegar no Poder Judiciário. Para Pamela Nascimento (2019), a inércia do Congresso Nacional em legislar sobre tais temas é uma dos fatores que fazem com que essa comunidade demande amparo no Poder Judiciário, evidenciando o fenômeno jurídico chamado de Judicialização da Política. A Constituição Federal de 1988 foi um marco na luta antidiscriminatória, como podemos observar:

> Após a promulgação da Constituição de 1988, que positivou os direitos fundamentais e atribuiu ao Poder Judiciário, mais especificamente ao Supremo Tribunal Federal, a função de intérprete do controle de constitucionalidade, as pessoas de direito começaram a cobrar do Judiciário a proteção social estabelecida na Carta Magna. A adaptação do direito brasileiro à existência de um Poder Judiciário independente capacita esse a exercer um papel ativo de interpretação do texto constitucional. Portanto, um Judiciário independente pode trazer mais defesa da cidadania e da democratização social, além de intervir frente aos avanços políticos, sociais e à globalização (SIERRA, 2011). O exercício de controle de constitucionalidade por um poder Judiciário ativo e independente gera conflito entre os atores políticos. De um lado detentores do poder de legislar criticam a atuação política do Judiciário por se tratar de uma interferência no Poder Legislativo, do outro lado há atores políticos que apoiam tal interferência de poder. Ora, quando os políticos eleitos não conseguem implementar seus ideais no âmbito legislativo, por muitas vezes, serem minorias políticas, eles devem apoiar o ativo controle de constitucionalidade de um Judiciário inclinado a concretizar os direitos fundamentais previstos na Constituição (BARBOZA; KOZICKI, 2012).

A partir desta introdução, iremos detalhar os principais dispositivos e avanços conquistados por esta comunidade que estão postulados no ordenamento jurídico brasileiro.

2.2 - ADPF 132 / ADI 4277 – Reconhecimento da União Homoafetiva como entidade familiar.

Em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, ficou reconhecida a união homoafetiva como uma entidade familiar, também decorrendo dela todos os direitos e deveres que emanam da união estável heteroafetiva

Assim, o STF conferiu interpretação seguindo os preceitos da Constituição ao art. 1.723 do Código Civil assentando que "*O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica".* Vale salientar que não houve modificação textual no artigo do Código Civil citado, apenas aconteceu uma nova interpretação pela corte, de forma a afastar uma vedação discriminatória que podia ser extraída do dispositivo.

Proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, a ADPF n. 132 colocou em evidência argumentos importantes que violavam aos princípios fundamentais da igualdade, segurança jurídica, da liberdade, da dignidade da pessoa humana e o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade. Segundo Leonardo Barreto Moreira Alves:

> o novo perfil da família desenhado pela Carta Magna Federal permitiu que ela se tornasse uma instituição verdadeiramente democrática, na qual a preocupação maior é com a felicidade pessoal dos seus membros, com a implementação da sua dignidade, com a realização dos seus direitos fundamentais, motivo pelo qual ela deixa de ser uma entidade estatal e ganha contornos de entidade social (célula básica da sociedade), o que autoriza o exercício da autonomia privada no seu âmago. (...) a família dos dias de hoje, por envolver relações afetivas, é muito mais uma entidade de fato do que uma instituição jurídica de monopólio do Estado, como outrora era tratada. (ALVEZ, 2019)

O Relator da ADPF n. 132, Ministro Carlos Ayres Britto, em seu fundamento, evidenciou a importância do art. 3º, IV da Constituição Federal que veda qualquer tratamento discriminatório, nivelando o sexo à origem social e geográfica das pessoas, à idade, à raça e à cor da pele:

> Há mais o que dizer desse emblemático inciso IV do art. 3º da Lei Fundamental brasileira. É que, na sua categórica vedação ao preconceito, ele nivela o sexo à origem social e geográfica da pessoas, à idade, à raça e à cor da pele de cada qual; isto é, o sexo a se constituir num dado empírico que nada tem a ver com o merecimento ou o desmerecimento inato das pessoas, pois não se é mais digno ou menos digno pelo fato de se ter nascido mulher, ou homem. Ou nordestino, ou sulista. Ou de pele negra, ou mulata, ou morena, ou branca, ou avermelhada. Cuida-se, isto sim, de algo já alocado nas tramas do acaso ou das coisas que só dependem da química da própria Natureza, ao menos no presente estágio da Ciência e da Tecnologia humanas. (STF – ADPF 132 – Relator: Ayres Britto – p. 26)

Com esta decisão, os casais homoafetivos conquistaram o direito de registrar a união estável em cartórios de todo o país – promovendo, assim, uma segurança jurídica indispensável para a comunidade.

2.3 - RE 845779 - Tratamento social das pessoas Transexuais.

O Recurso Extraordinário (RE) 845779, tratado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e de relatoria do ministro Luís Roberto Barroso, discutiu o direito da pessoa transexual ser tratada socialmente de forma condizente com sua identidade sexual. O caso concreto julgou o pedido de indenização por danos morais exigida por uma transexual que teria sido constrangido por funcionário de um de shopping em Florianópolis (SC) ao tentar utilizar banheiro feminino.

O ministro Luis Roberto Barroso votou pelo procedimento da ação para reestabelecer a sentença de primeiro grau, em que houve a condenação do shopping ao pagamento de indenização à transexual e baseou o seu voto em três pilares que reconhecem o direito fundamental da pessoa transexual a serem tratados socialmente de acordo com sua identidade de gênero: 1) dignidade como valor intrínseco de todo indivíduo; 2) dignidade como autonomia de todo individuo e 3) dever constitucional do estado democrático de proteger as minorias.

> O remédio contra a discriminação das minorias em geral, particularmente dos transgêneros, envolve uma transformação cultural capaz de criar um mundo aberto à diferença, onde a assimilação aos padrões culturais dominantes ou majoritários não seja o preço a ser pago para ser respeitado. (NOTICIAS STF, 2015)

Esta decisão busca proteger esta minoria que historicamente vem sendo marginalizada e estigmatizada dentro da sociedade – como bem apontou o Ministro Barroso, o Brasil é um dos países que mais pratica violência contra os transgêneros, sendo a expectativa de vida de um transexual no Brasil de 30 anos, bem abaixo da média nacional que é de 75 anos.

> DIREITO CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO SOB O REGIME DA REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO DE TRANSEXUAIS A SEREM TRATADOS SOCIALMENTE DE ACORDO COM A SUA IDENTIDADE DE GÊNERO. 1. Transexuais são pessoas que se identificam com o gênero oposto ao seu sexo de nascimento, sentindo geralmente que o seu corpo não é adequado à forma como se percebem. 2. A igualdade, enquanto "política de reconhecimento", visa a proteger grupos que possuam menor estima e prestígio social, em razão de padrões culturais enraizados que os inferiorizam, como é o caso dos transexuais. O tratamento social em conformidade com a sua identidade de gênero consiste em medida necessária ao reconhecimento

> dos transexuais e, assim, à tutela do seu direito à igual consideração e respeito, corolário natural do princípio da dignidade em sua dimensão de atribuição de valor intrínseco a todo e qualquer ser humano. 3. Solução diversa implicaria, ainda, gravíssima restrição à liberdade individual, porque impediria os transexuais de desenvolverem plenamente a sua personalidade, vivendo de acordo com a sua identidade de gênero. A violação à liberdade, no caso, afetaria escolhas existenciais, relacionando-se, assim, também à dignidade humana, mas, agora, na vertente da autonomia. 4. É possível que a convivência social e a aceitação (ou respeito) de identidades de gênero que fogem ao padrão culturalmente estabelecido gerem estranheza e até constrangimento em grande parte das pessoas. Afinal, trata-se de uma realidade que passou a ser abertamente exposta e debatida há relativamente pouco tempo. Vivemos, porém, em um Estado Democrático de Direito, o que significa dizer que a maioria governa, mas submetida à necessária observância aos direitos fundamentais - de quem quer seja, qualquer que seja sua identificação de gênero. 5. Provimento do recurso extraordinário para a reforma do acórdão recorrido e consequente manutenção da sentença. Afirmação, em sede de repercussão geral, da seguinte tese: "Os transexuais têm direito a serem tratados socialmente de acordo com a sua identidade de gênero, inclusive na utilização de banheiros de acesso público". 6. Provimento do recurso extraordinário. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal (3ª Turma), Recurso Extraordinário 845.779)

2.4 - RE 846102 – Adoção por casais Homoafetivos.

Segundo dados coletados pelo Cadastro Nacional de Adoção (CNA), no Brasil existem aproximadamente 28.006 pretendentes aptos para adotar. Para Maria Helena Diniz (2019), a adoção é o ato jurídico solene pelo qual, preenchidos os requisitos, alguém estabelece um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que geralmente, lhe é estranha. O ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente regido pela lei 12.010/2009) estipula os requisitos para adoção no Brasil – e em sua letra não há nenhum impedimento claro sobre a adoção por casais homoafetivos.

Porém, o grande marco jurídico aconteceu 2015 quando a Ministra Carmen Lucia, negou seguimento ao Recurso Extraordinário n. 846102, interposto pelo Ministério Público do Estado do Paraná que questionava a adoção feita por um casal homossexual, querendo delimitar a adoção. No caso em tela, na primeira instância foi decidido que o casal poderia adotar, mas com uma delimitação de ser uma menina de idade superior de 10 anos. Já na segunda instância, após o casal recorrer a esta decisão discriminatória, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná entendeu que não se poderia delimitar o perfil da criança e esta escolha deveria ser livre.

No que diz respeito a esta temática, o Ministério Público do Estado do Paraná não se conformou com esta decisão e recorreu ao STJ – pedido este que foi negado pelo ministro Villas Bôas Cueva, em decisão monocrática, mantendo o entendimento de que não haveria limitações na adoção. Já em recurso ao STF, o MP-PR alegou que a união estável não era equiparada à entidade familiar e de que havia violação ao artigo

226, §3º da Constituição Federal, que diz que para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar.

> "duas questões jurídicas que emergem do contexto apresentado, para que se possa oferecer solução ao presente recurso: i) se há possibilidade de interpretação extensiva do preceito constitucional para incluir as uniões entre pessoas do mesmo sexo na concepção de união estável como entidade familiar; ii) se a interpretação restritiva do preceito constitucional incorreria em discriminação quanto à opção sexual. (…) Logicamente, nem dois homens e uma mulher; nem duas mulheres e um homem (fatos estes que não chegam a ser tão raros em certas regiões do Brasil); nem dois homens ou duas mulheres; foram previstos pelo constituinte como configuradores de uma união estável, ainda que os integrantes dessas relações, hipoteticamente consideradas, coabitem em caráter análogo ao de uma união estável, ou seja, de forma pública e duradoura, e estabelecida com o objetivo de constituição de família. (…) Com isso, a nível constitucional, pelo que foi dito, infere-se, em primeiro lugar, que não há lacuna, mas sim, uma intencional omissão do constituinte em não eleger (o que perdura até a atualidade) a união de pessoas do mesmo sexo como caracterizadores de entidade familiar. (…) E vamos além, a generalização, no lugar da individualização do tratamento jurídico a ser dado a situações materialmente diversas, poderá, sim, se não respeitadas e previstas as idiossincrasias e particularidades dos relacionamentos homoafetivos, vir em maior prejuízo que benefício aos seus integrantes, ferindo axialmente o princípio da igualdade, por tratar igualmente situações desiguais". (STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 846102. Relator: Ministra Carmen Lucia. DJe 52/2015 - 18.03.2015).

Finalmente, a Relatora, Ministra Camen Lucia (2015), não deu razão ao questionamento do Ministério Público do Estado do Paraná, negando seguimento ao Recurso Extraordinário – mantendo, assim, a decisão que permitiu a adoção de crianças pelo casal homoafetivo sem qualquer tipo de descriminação.

Em seus argumentos, a Ministra evidenciou as decisões do STF no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, julgadas em maio de 2011, que deram interpretação ao art. 1.723 do Código Civil, conforme a Constituição Federal, "para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva".

2.5 - ADI 5971 – Conceito de Família.

Como podemos observar nos tópicos anteriores, os direitos da comunidade foram construídos pouco a pouco – e alguns conceitos precisavam ser revistados para se adequar às transformações sociais e às diversidades existentes na sociedade. Tradicionalmente, a família era entendida como uma união entre um

homem e uma mulher, baseada no casamento civil ou religioso, e que tinha como principal finalidade a procriação e a criação dos filhos. No entanto, atualmente, o Judiciário brasileiro reconhece que o conceito de família vai além dessa concepção tradicional, como podemos observar no caso exposto a seguir.

Um grande marco trouxe um novo entendimento sobre o conceito de família que girou em torno da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 5971, proposta pelo Partido dos Trabalhadores (PT). Este remédio constitucional se voltou contra a Lei Distrital 6.160/2018, que institui as diretrizes para implantação da Política Pública de Valorização da Família no Distrito Federal – definindo, assim, como entidade familiar o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável.

Desse modo, o PT (2019) argumentou em duas linhas de raciocínio: a primeira delas diz respeito à competência para legislar sobre direito civil, que, segundo o artigo 22, inciso I, da Constituição Federal, seria da União. Já a segunda a segunda razão buscou evidenciar a violação ao princípio constitucional da dignidade humana, na medida em que a norma exclui das políticas públicas distritais as pessoas e entidades familiares diversas da formação do casamento.

O PT (2019) sinalizou ainda que o art. 2º da Lei impugnada viola aos princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade e isonomia e ao objetivo da Republica disposto no artigo 3º, IV da Constituição Federal, que preceitua a busca pela "promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação". Vale salientar que o julgamento da ADI n. 4.277 e ADPF n. 132, em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, proclamando que os direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis heteroafetivas também estendem-se aos companheiros nas uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, também foi relembrada.

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 6.160/2018 DO DISTRITO FEDERAL. RECONHECIMENTO COMO ENTIDADE FAMILIAR DE UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO PARA IMPLANTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE VALORIZAÇÃO DA FAMÍLIA NO DISTRITO FEDERAL. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÇÃO. PARCIAL PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. 1. Inexistência de inconstitucionalidade formal. Dispositivo de lei distrital (art. 2, I) que disciplina entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre homem e mulher, por meio de casamento ou união estável. Disciplina semelhante à do art. 1.723, caput, do Código Civil, cuja constitucionalidade já foi examinada pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADI 4.277 e ADPF 132). 2. Inconstitucionalidade material e interpretação conforme. A única interpretação do artigo 2º, inciso I, que se mostra compatível com o texto constitucional é aquela que não exclua do conceito de entidade familiar, para fins de aplicação das políticas públicas previstas na Lei 6.160/2018, o reconhecimento

de união estável contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo. 3. Ação Direta julgada PARCIALMENTE PROCEDENTE, para dar interpretação conforme à Constituição ao art. 2º, I, da Lei 6.160/2018 do Distrito Federal, nos termos acima especificados. (ADI 5971, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 13/09/2019)

Assim, o relator, Alexandre de Moraes (2019), entendeu que o artigo 2º da Lei Distrital 6.160/2018, que restringi o conceito de entidade familiar exclusivamente à união entre homem e mulher, viola o princípio da dignidade da pessoa humana, preceituado na Constituição Federal. Portanto, o Ministro reafirmou o entendimento do STF no sentido de que o texto da Constituição Federal proíbe explicitamente a discriminação em razão do sexo ou da diferença entre homens e mulheres, declarando a existência de isonomia entre os sexos, em reconhecimento ao direito das minorias e de direitos básicos de igualdade e liberdade de orientação sexual.

2.6 **- ADI 5543 – Restrição de doação de sangue por homossexuais**.

Outro tema de grande repercussão que quebrou paradigmas – especialmente os resquícios de preconceito perpetuados pela epidemia do HIV – foi o julgamento da ADI 5543, proposta pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), que discutiu a restrição de doação de sangue por homossexuais. O intuito era tornar inconstitucionais as normas do Ministério da Saúde e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), que excluíam do rol de habilitados para doação de sangue os “homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes nos 12 meses antecedentes".

Segundo os argumentos elencados pelo PSB (2016, p. 10), esta restrição viola o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito fundamental à igualdade, a promoção do bem de todos sem preconceitos e o princípio da proporcionalidade. Ainda segundo o partido político, este ato acaba por estigmatizar as pessoas sem justificava para tal previsão normativa, pois não existe qualquer comportamento ou prática exclusivamente praticado por homens homossexuais que fundamente a previsão dessa diferenciação.

As normas impugnadas pela parte autora são o artigo 64, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde, e o artigo 25, XXX, “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, como podemos observar:

> Art. 64. Considerar-se-á inapto temporário por 12 (doze) meses o candidato que tenha sido exposto a qualquer uma das situações abaixo: (...) IV – homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes.
>
> Art. 25. O serviço de hemoterapia deve cumprir os parâmetros para seleção de doadores estabelecidos pelo Ministério da Saúde, em legislação vigente, visando tanto à proteção do doador quanto a do receptor, bem como para a qualidade dos produtos, baseados nos seguintes requisitos: [...] XXX - os contatos sexuais que envolvam riscos de contrair infecções transmissíveis pelo sangue devem ser avaliados e os candidatos nestas condições devem ser considerados inaptos temporariamente por um período de 12 (doze) meses após a prática sexual de risco, incluindo-se: [...] d) indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo e/ou as parceiras sexuais destes;

Por fim, o Ministro Relator, Edson Fachin (2020), julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade para declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos da portaria 158/2016 do Ministério da Saúde e da Resolução RDC 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Para o Ministro, a exclusão de quaisquer grupos de pessoas da possibilidade de doar sangue deve ser vista com atenção redobrada, devendo sempre ser dotada de ampla, racional e aprofundada justificativa.

> Dessa forma, o desate da questão posta perante esta Corte deve passar necessariamente pelo conteúdo da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB), pelos direitos da personalidade à luz da Constituição, pela fundação que subjaz aos direitos fundamentais de liberdade e igualdade (art. 5º, caput, CRFB), bem como pela cláusula material de abertura prevista no § 2º do art. 5º de nossa Constituição. (STF – ADI 5543 – Relator: Edson Fachin – p. 20)

Ainda segundo o Ministro Edson Fachin (2020), o estabelecimento de grupos e não de condutas de risco incorre em discriminação, pois abre mão de uma interpretação consequencialista desmedida que concebe especialmente que homens homossexuais ou bissexuais são, apenas em razão da orientação sexual que vivenciam, possíveis vetores de transmissão de variadas enfermidades, como a AIDS.

Consequentemente, o Ministro votou pela procedência a ADI 5543. Tal entendimento foi seguido pelos Ministros Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Carmen Lucia, com placar final de 7x4.

2.7 - SUS passa a realizar cirurgias de redesignação sexual.

Como já mencionado neste trabalho, a pessoa transgênera é alguém cuja identidade de gênero difere do sexo atribuído no nascimento – assim, o processo transexualizador pode ser definido como um conjunto de estratégias assistenciais para transexuais que pretendem realizar modificações corporais do sexo. Nesse sentindo, o Ministério da Saúde – através da Portaria Nº 457 de agosto de 2008 - oferece atenção às pessoas

nesse processo por meio do Sistema Único de Saúde (SUS) para a chamada "redesignação sexual". Este procedimento foi incluído na tabela de procedimentos, medicamentos, órteses, próteses e materiais especiais.

Inicialmente, a redesignação sexual era preferencialmente voltada para as mulheres transexuais – porém, com a Portaria nº 1.370 publicada no dia 24 junho de 2019, homens trans que nasceram biologicamente mulheres, mas se identificam com o gênero masculino, também foram incluídos formalmente pelo Ministério da Saúde.

Em paralelo, o Conselho Federal de Medicina criou a Resolução nº 1.955/2010 que autorizou as duas cirurgias de redesignação sexual a serem feitas em hospitais públicos e privados – como podemos observar nos artigos expostos:

> Art. 3º Que a definição de transexualismo obedecerá, no mínimo, aos critérios abaixo enumerados: 1) Desconforto com o sexo anatômico natural; 2) Desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto; 3) Permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos; 4) Ausência de outros transtornos mentais. (Onde se lê "Ausência de outros transtornos mentais", leia-se "Ausência de transtornos mentais")
>
> Art. 4º Que a seleção dos pacientes para cirurgia de transgenitalismo obedecerá a avaliação de equipe multidisciplinar constituída por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, obedecendo-se os critérios a seguir definidos, após, no mínimo, dois anos de acompanhamento conjunto: 1) Diagnóstico médico de transgenitalismo; 2) Maior de 21 (vinte e um) anos; 3) Ausência de características físicas inapropriadas para a cirurgia.
>
> Art. 5º O tratamento do transgenitalismo deve ser realizado apenas em estabelecimentos que contemplem integralmente os prérequisitos estabelecidos nesta resolução, bem como a equipe multidisciplinar estabelecida no artigo 4º

Vale salientar que existem outros dispositivos que resguardam e protegem a comunidade LGBTQIAP+, porém este trabalho pontou as mais representativas. No capítulo a seguir, debruçaremos sobre o objeto desta pesquisa – ADO 26 – e o seus eventuais desdobramentos para a comunidade LGBTQIAP+, além da análise da homofobia e transfobia como forma contemporânea de Racismo.

Capítulo 3 – Criminalização da Homofobia pelo STF na ADO 26.

3.1 – O que é a ADO 26.

Inspirado no art. 283 da Constituição Portuguesa, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é uma das inovações da Constituição Federal Brasileira de 1988 e está prevista no art. 103, § 2° ("*§ 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias")*. Trata-se de um remédio constitucional que permite a qualquer pessoa ou entidade organizada impetrar uma ação perante o Supremo Tribunal Federal (STF) com o objetivo de questionar a omissão do Poder Público em adotar medidas para garantir o cumprimento de dispositivos constitucionais.

O doutrinado Pedro Lenza ensina:

> O art. 103, § 2.º, da CF/88 determina que, declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. O que se busca é tornar efetiva norma constitucional destituída de efetividade, ou seja, somente as normas constitucionais de eficácia limitada! (LENZA, 2022, p. 425)

Dito isto, em 13 de junho de 2019, o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n. 26 e do Mandado de Injunção (MI) n. 4733, que discutiam a existência de omissão ou não do Congresso Nacional em não editar lei que criminalize atos de homofobia e a transfobia. O MI n. 4733 foi proposto pela Associação de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais em maio de 2012, já a ADO 26 foi proposta pelo Partido Popular Socialista em dezembro de 2013.

Vale corroborar que nos termos do art. 12-A da Lei 9.868/99, os partidos políticos configuram-se como entes legitimados para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade por omissão – em outras palavras, entes essenciais à própria democracia, têm legitimidade universal e irrestrita para a propositura de ações que visem a proteger a normatividade constitucional, prescindindo da demonstração do requisito processual da pertinência temática, como podemos observar no julgamento da ADI 1096:

> Os Partidos Políticos com representação no Congresso Nacional acham-se incluídos, para efeito de ativação da jurisdição constitucional concentrada do Supremo Tribunal Federal, no rol daqueles que possuem legitimação ativa universal, gozando, em consequência, da ampla prerrogativa de impugnarem qualquer ato normativo do Poder Público, independentemente de seu conteúdo material. A posição institucional dos Partidos Políticos no sistema consagrado pela Constituição do Brasil confere-lhes o poder-dever de, mediante instauração do controle abstrato de constitucionalidade perante o STF, zelar em tanto pela preservação da supremacia normativa da Carta Politica quanto pela defesa da integridade jurídica do ordenamento consubstanciado na Lei Fundamental da República. (ADI 1096/RS, Relator(a). Min. Celso de Mello, julgado em 22/09/1995)

Ambas as propostas – ADO 26 e MI n. 4733 - compartilhavam o mesmo objetivo: evidenciar a lacuna legislativa referente à criminalização de atos homofóbicos ou transfóbicos. Segundo o Partido Popular Socialista (2013), a criminalização específica decorre da ordem constitucional de legislar relativa ao racismo - crime previsto no art. 5º, XLII da Constituição Federal - ou, subsidiariamente, às discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI) ou, ainda, também subsidiariamente, ao princípio da proporcionalidade na acepção de proibição de proteção deficiente (art. 5º, LIV). Além disso, de acordo com o partido, o Congresso Nacional tem se recusado a votar o projeto de lei que visa efetivar tal criminalização.

O processo tramitou por vários anos no STF e, em junho de 2019, o tribunal proferiu uma importante decisão. Por maioria de votos, e nos termos do voto do Relator e Decano, Ministro Celso de Mello, os ministros enquadraram a homofobia e a transfobia no tipo penal definido na Lei do Racismo (Lei 7.716/1989 que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor) até que o Congresso Nacional edite lei sobre a matéria. Os Ministros Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Marco Aurélio restaram vencidos por entenderem que essas condutas só poderiam ser punidas mediante lei aprovada pelo Legislativo.

A decisão teve efeito *erga omnes*, ou seja, vincula todas as instâncias judiciais e órgãos públicos, que devem aplicar a interpretação estabelecida pelo STF.

3.2 – A inércia do Poder Legislativo.

Sobre a omissão destacada na referida na lei constitucional (art. 103, § 2.º) que regulamenta sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, Lenza pontua:

> O art. 103, § 2.º, fala em "omissão de medida" para tornar efetiva norma constitucional em razão de omissão de qualquer dos Poderes ou de órgão administrativo.
>
> Com precisão anota Barroso que a omissão é de cunho normativo, que é mais ampla do que a omissão de cunho legislativo. Assim, engloba "... atos gerais, abstratos e obrigatórios de outros Poderes e não apenas daquele ao qual cabe, precipuamente, a criação do direito positivo".
>
> A omissão, então, pode ser do Poder Legislativo, do Poder Executivo (atos secundários de caráter geral, como regulamentos, instruções, resoluções etc.), ou do próprio Judiciário (por exemplo, a omissão em regulamentar algum aspecto processual em seu Regimento Interno).
>
> Portanto, continua Barroso, "... são impugnáveis, no controle abstrato da omissão, a inércia legislativa em editar quaisquer dos atos normativos primários suscetíveis de impugnação em ação direta de inconstitucionalidade... O objeto aqui, porém, é mais amplo: também caberá a fiscalização da omissão inconstitucional em se tratando de atos normativos secundários, como regulamentos ou instruções, de competência do Executivo, e até mesmo, eventualmente, de atos próprios dos órgãos judiciários". (LENZA, 2022, p. 426)

Para Diogo Bacha Silva (2015), é evidente que não há norma jurídico-penal que criminalize de forma específica as agressões e atentados contra a população LGBTQIAP+. Segundo ele, a ausência de norma criminalizadora especial, ou, pelo menos, o fato de que nossa legislação não prevê qualquer agravante ou qualificadora quando um crime é praticado por razão homofóbica ou transfóbica, coloca em estado omissivo os Poderes Públicos que têm a missão de efetivar a própria Constituição.

Para o Ministro Celso de Mello, a omissão dos órgãos estatais é clara.

> Tenho para mim, presente esse contexto, que a análise desta demanda constitucional impõe que se considere o relevantíssimo problema suscitado pela omissão do Estado, decorrente da inércia de suas instituições (do Poder Legislativo da União, na espécie), quanto à efetivação das imposições legiferantes fundadas em cláusulas constitucionais mandatórias. (ADO/26- DF Rel. Min. Celso de Mello, p.43) (...)
>
> Não tem sentido que a inércia dos órgãos estatais, evidenciadora de comportamento manifestamente inconstitucional, possa ser tolerada. (ADO/26-DF, Rel. Min. Celso de Mello, p. 50)

Ainda segundo o Ministro, esta mora é facilmente percebida já desde a promulgação da Constituição de 1988 não se verifica nenhuma intervenção do Congresso Nacional com objetivo de punir atos e comportamentos resultantes de discriminação contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou em decorrência de sua identidade de gênero. Para evidenciar esta desproteção, Celso de Mello trouxe à tona dos dados alarmantes da *Transgender Europe* e do *Grupo Gay da Bahia* – ambos já mencionados neste referido trabalho.

> de que se verifica, no Brasil, nesse contexto, "verdadeira banalidade do mal homofóbico e transfóbico, adaptando aqui célebre expressão de Hannah Arendt, no sentido de termos pessoas comuns (e não 'monstros') achando-se detentoras de um pseudo 'direito' de agredir, ofender, discriminar e mesmo matar pessoas por sua mera orientação sexual homoafetiva/biafetiva ou identidade de gênero transgênera...", tudo a revelar inegável e inaceitável comportamento racista, na acepção referida neste voto contra os LGBT's, tendo-os por seres menores, inferiores, degradados em sua essencial dignidade, que devem – segundo perversamente acreditam os seus agressores – ser excluídos da sociedade! (ADO 26. Relator: Celso de Mello, p. 40)

Segundo J.J Gomes Canotilho, a omissão inconstitucional significa, um não fazer aquilo que estava juridicamente obrigado. Isto é, "a omissão legislativa, para ganhar significado autônomo e relevante, deve conexionar-se com uma exigência constitucional de ação, não bastando o simples dever geral de legislar para dar fundamento a uma omissão inconstitucional" (CANOTILHO, 2003, p. 1033). Para o doutrinador, a omissão inconstitucional pode ser deliberadamente parcial, seja mediante a preterição de grupos ou situações que preencham os mesmos requisitos de grupos ou situações contemplados na legislação editada ou, ainda, quando a lei editada não tem a densidade suficiente para contemplar toda a pretensão normativa.

> Dito de outro modo, foi para evitar que o legislador ordinário e o Poder Executivo descumprissem os direitos previstos no pacto constituinte que foi elaborada essa fórmula de inconstitucionalidade do não fazer. Para ser mais claro, se na tradição liberal a inconstitucionalidade tem uma feição de simples retirada do mundo jurídico de textos incompatíveis com a Constituição, o advento do Estado Social de Direito e seu sucedâneo, o Estado Democrático de Direito, proporciona o surgimento de um outro tipo de inconstitucionalidade, aquele proveniente da inércia dos poderes públicos. Trata-se de um mecanismo que corre paralelo ao princípio que contrapõe o texto constitucional contra maiorias eventuais, indo, entretanto, mais longe: em vez de servir de defesa contra investidas de maiorias parlamentárias eventuais ou não, a inconstitucionalidade por omissão tem a função de compelir o Poder Executivo e instar o legislador a fazer aquiloque, embora estipulado no texto da Constituição, não deseja fazer, de forma total ou parcial. (STRECK, 2013, p. 891)

Desse modo, após o reconhecido que há uma mora evidente ao Congresso Nacional, o Min. Celso de Mello afirmou que haveria duas possibilidades de o STF agir diante disso:

> a) apenas cientificar o Congresso Nacional para que ele adote, em prazo razoável, as medidas necessárias à efetivação da norma constitucional (art. 103, § 2º, c/c art. 12-H da Lei nº 9.868/99); ou
>
> b) reconhecer, imediatamente, que a homofobia e a transfobia enquadram-se, mediante interpretação conforme à Constituição, na noção conceitual de racismo prevista na Lei nº 7.716/89 em ordem a que se tenham como tipificados, na condição de delitos previstos nesse diploma legislativo, comportamentos discriminatórios e atentatórios aos direitos e fundamentais do grupo vulnerável LGBT. (ADO/26-DF. Rel. Min. Celso de Mello, p.65)

Assim, podemos constatar que devido a indiferença do Poder Legislativo, em permanecer em estado de inadimplemento da prestação legislativa que lhe incumbe promover, o mero apelo não tem surtido efeito, sendo necessário o enquadramento da homofobia e da transfobia na noção conceitual de racismo, enquanto não houver legislação específica para reger o tema.

3.3 A importância e mudança efetiva da ADO.

Como já mencionado, os atos homofóbicos e transfóbicos, principalmente as ofensas individuais e coletivas, os homicídios, as agressões e as discriminações motivadas pela orientação sexual ou identidade de gênero, a partir do julgamento da mencionada ADO, enquadram-se no conceito jurídico-constitucional de racismo - deste modo merecendo o mesmo repúdio que as normas penais que resguardam a este último. Para o PPS (2013, p. 28) "todas as formas de homofobia e transfobia devem ser punidas com o mesmo rigor aplicado atualmente pela Lei de Racismo, sob pena de hierarquização de opressões decorrente da punição mais severa de determinada opressão relativamente à outra".

Nesse sentido vale a pena a lembrança de trecho de um voto do min. Gilmar Mendes na ADI 3112, mencionado na petição que deu origem à ADInO 26:

> "os mandados constitucionais de criminalização atuam como limitações à liberdade de configuração do legislador penal e impõem a instituição de um sistema de proteção por meio de normas penais. [...] Ao lado dessa ideia de mandados de criminalização expressos, convém observar que configura prática corriqueira na ordem jurídica a concretização de deveres de proteção mediante a criminalização de condutas. Outras vezes cogita-se mesmo de mandados de criminalização implícitos, tendo em vista uma ordem de valores estabelecida pela Constituição" (ADI/3112. Rel Min. Gilmar Mendes, julgada em 2 de maio de 2007).

Dessa maneira, criminalizar condutas e atos discriminatórios estes grupos específicos – homossexuais e transexuais - torna-se um importante avanço jurídico e segue os termos previstos na Constituição Federal de 1988 que dispõe sobre a criminalização, conforme reluz o art. 5º, XLI, "a lei, punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos a liberdades fundamentais". O referido instituto foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, como mandado de criminalização no Habeas Corpus 104.410/RS, cuja ementa constou:

> A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º,XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser

> traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. (STF - HC: 104410 RS, Relator: Min. GILMAR MENDES, julgada de 6 de março de 2012)

Desse modo, a Carta Magna ao recomendar o mandado de criminalização no seu art. 5º, XLI, afirma o valor da vida das pessoas que contrariam a heteronormatividade e a cisgeneridade, bem como confia na eficácia punitiva do Direito Penal.

Portanto, o Congresso Nacional deve votar um projeto de lei específico com relação aos crimes de homofobia e de transfobia, podendo seguir ou não a lei do racismo – e enquanto uma nova lei não entrar no processo legislativo: passar pelas comissões do Congresso Nacional, depois ser aprovada na Câmara e no Senado por maioria simples e, por fim, passar pela sanção do Presidente da República, a punição para quem for condenado por atos homofóbicos e transfóbicos será a mesma cominada ao crime de racismo.

O agressor poderá ser preso por um período que varia de 1 a 3 anos – conforma podemos observar abaixo, dependendo da gravidade, apesar de ainda haver penas alternativas como pagamento de multas e prestação de serviços à comunidade.

> **Lei 7.716/1989 -** Art. 1º Serão punidos, na forma desta lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.
>
> Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.
>
> Pena: reclusão de um a três anos e multa

Apesar de exigido pelos autores da ADO 26, vale salientar que não o Supremo Tribunal Federal não fixou prazo para que o Congresso edite uma lei - segundo a decisão, o conceito de racismo se aplica à discriminação contra grupos sociais minoritários e não só contra outras categorias discriminadas.

> as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão. (ADO/26-DF. Rel. Min. Celso de Mello, p.6)

Ainda segundo o STF, o exercício da liberdade religiosa permanece intacto – uma vez que continua inabalada o direito dos fiéis e ministros de professor, pregar e divulgar livremente as suas crenças “desde

que tais manifestações configurem discurso de ódio" e não incitem violência contra a comunidade LGBTQIAP+, conforme comentado:

> Obviamente, a proteção constitucional à liberdade religiosa, assim como a liberdade de expressão, não admite o discurso de ódio, que abrange, inclusive, declarações que defendam ou incitem tratamento desumano, degradante e cruel; ou que incitem violência física ou psicológica contra grupos minoritários. (ADO/26-DF. Rel. Min. Celso de Mello, p.47)

3.4 – **Homofobia e Transfobia como forma contemporânea de Racismo e a análise do voto do Ministro Celso de Mello.**

Aqui vale uma menção especial ao "Caso Ellwanger" – HC 82.424 - que ampliou o conceito de Racismo. O escritor e editor gaúcho Siegfried Ellwanger foi acusado pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul da prática de racismo (art. 20 da Lei nº 7.716/89), em razão de publicação de livros de conteúdo discriminatório contra o povo judeu. A defesa de Ellwanger utilizou como argumento principal de que o povo judeu não se configura como uma raça, pois todos os seres humanos, numa visão biológica, estão a fazer parte da mesma raça: *homo sapiens*.

Porém, o Supremo Tribunal Federal não aceitou a tese. Por maioria de votos, a corte adotou o conceito amplo de racismo, visto do ponto de vista social e histórico e não meramente biológico. Para André de Carvalho Ramos (2019, p. 784) este tipo de ato discriminatório fica "consistindo em uma prática que visa inferiorizar, ultrajar e estigmatizar um determinado agrupamento humano por motivo odioso".

Norberto Bobbio, em sua obra "Elogio da serenidade", serve como fundamento para a decisão dos ministros que negaram o *habeas corpus*:

> A raiz do racismo não é apenas o preconceito, mas o preconceito reforça o racismo. É difícil pensar num indivíduo que esteja animado por uma forte aversão aos indivíduos de outra raça e que não procure justificar essa aversão recorrendo a juízos não sustentados por alguma prova de fato. É preciso, porém, distinguir entre o racismo como comportamento, como atitude habitual, irrefletida, emotiva, e o racismo como doutrina que pretende ser científica, ideologicamente inspirada e direcionada. (BOBBIO, 2002, p. 16).

Desta maneira, entendeu-se que todas as condutas tipificadas na Lei do Racismo (discriminação ou preconceito contra raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional) fazem parte do estatuto constitucional referente ao combate ao racismo, que inclui o tratamento mais severo da inafiançabilidade, imprescritibilidade e imposição de pena de reclusão, como podemos observar no julgado:

> HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE

DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comerciar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País. 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamafobia" e o anti-semitismo. 7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuam rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. 9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo. 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrímen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa

> humana e da igualdade jurídica. 15. "Existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoa sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada. (HC 82424/RS. Relator(a) Min. Moreira Alves, julgado em 17 de setembro de 2003)

Dando continuidade no assunto, vale elucidar o conceito de 'Racismo Estrutural', pontuado por Silvio Almeida:

> Consciente de que o racismo é parte da estrutura social e, por isso, não necessita de intenção para se manifestar, por mais que calar-se diante do racismo não faça do indivíduo moral e/ou juridicamente culpado ou responsável, certamente o silêncio o torna ética e politicamente responsável pela manutenção do racismo. A mudança da sociedade não se faz apenas com denúncias ou com o repúdio moral do racismo: depende, antes de tudo, da tomada de posturas e da adoção de práticas antirracistas (ALMEIDA, 2019).

Em seu voto, o Ministro Celso de Mello (2019, p. 80) destacou a correlação entre a homofobia e o racismo, que se acentua mais ainda quando consideramos que tanto no plano internacional quanto na ordem positiva interna, nos dois casos, os critérios que determinam a discriminação racial são produzidos conjuntamente por dois fatores: a motivação orientada pelo preconceito e a finalidade de submeter a vítima a situações de diferenciação quanto ao acesso e gozo de bens, serviços e oportunidades tanto no domínio público quanto na esfera privada.

O Ministro evidenciou ainda sobre a legislação internacional, ressaltando que a comunidade internacional escolheu o termo racismo como expressão que caracteriza, sob o mesmo signo, todas as formas de discriminação e intolerância que fomentam o ódio e a divisão entre grupos sociais.

Assim, o Ministro Relator Celso de Mello (2019, p. 95), seguiu o entendimento do julgamento do HC 82.424/RS e declara que o conceito de racismo consente identificá-lo como de instrumento ideológico, dominação política, subjugação social e de negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por não integrarem o grupo social dominante nem pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são deixados de lado e degradados, por isso mesmo, à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa e injusta inferiorização, a uma perversa e profundamente lesiva situação de exclusão do sistema de proteção do Direito.

> Tenho para mim que a configuração de atos homofóbicos e transfóbicos como formas contemporâneas do racismo – e, nessa condição, subsumíveis à tipificação penal constante da Lei nº 7.716/89 – objetiva fazer preservar – no processo de formação de uma sociedade sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF, art. 3º, IV). – a incolumidade dos direitos da personalidade, como a essencial dignidade da pessoa humana, buscando inibir, desse modo, comportamentos abusivos que possam, impulsionados por motivações subalternas, disseminar, criminosamente, em exercício explícito de inadmissível intolerância, o ódio público contra outras pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero. (ADO/26-DF Rel. Min. Celso de Mello, p.90)

Para o Ministro, a caracterização da homofobia e transfobia como formas contemporâneas de racismos tem como objetivo preservar a segurança dos direitos da personalidade, dentre eles a dignidade da pessoa humana buscando coibir os comportamentos abusivos que possam disseminar, criminosamente, em exercício explícito de inadmissível intolerância, o ódio público contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero.

Ainda segundo o autor (2019, p. 95), fica constatado de que o preconceito e a discriminação resultantes da aversão aos homossexuais e aos demais integrantes do grupo LGBT *(sic)*, sendo partes de um grupo vulnerável, instituem a própria manifestação do racismo, pois representam a expressão de sua outra face: o racismo social.

Este posicionamento do Ministro Celso de Mello já havia sido exposto anteriormente durante o julgamento da PLS 122/2006 (projeto Iara Bernardi), e que foi ratificado como podemos constatar no trecho a seguir:

> A noção de racismo – ao contrário do que equivocadamente sustentado na presente impetração – não se resume a um conceito de ordem estritamente antropológico ou biológica, projetando-se, ao contrário, numa dimensão abertamente cultural e sociológica, além de caracterizar, em sua abrangência conceitual, um indisfarçável instrumento de controle ideológico, de dominação política e de subjugação social. (ADO/26-DF Rel. Min. Celso de Mello, p.70)

Nesse sentido, o conceito geral e abstrato de racismo possui caráter amplo que possibilita o enquadramento das práticas de homofobia e transfobia. Para o Ministro Celso de Mello (2019, p. 99), este entendimento refutaria a alegação do Senado Federal de que a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADO n. 26 resultaria em sentença aditiva, pois na verdade, o caso teria o caráter estritamente interpretativo.

> O entendimento que venho de expor não envolve aplicação analógica (e gravosa) das normas penais previstas na Lei nº 7.716/89, pois, como ninguém o ignora, não se admite a utilização de analogia "in malam partem" em matéria penal, como tive o ensejo de assinalar em passagem anterior deste voto

(item n. 12.2), valendo destacar, por relevante, que se orienta, nesse sentido, a jurisprudência desta própria Corte Suprema (HC 97.261/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa – RHC 95.782/MG, Rel. Min. Luiz Fux, v.g..). (ADO/26-DF Rel. Min. Celso de Mello, p. 94-95)

Para Miguel Reale (1991, p.292), a analogia é a atividade intelectual utilizada para a constatação de lacunas e, ao mesmo tempo, é instrumento integrador (autointegração), destinado a encontrar a solução jurídica de seu preenchimento, mediante a obediência da ordem lógica substancial ou da razão intrínseca do sistema jurídico.

Ainda segundo o Ministro Celso de Mello (2019, p. 101), a ausência de reação do Estado frente às cruéis agressões praticadas contra grupos sociais vulneráveis a omissão do Poder Público a confrontar e derrubar barreiras que impossibilitam a busca pela felicidade pelos homossexuais, transgêneros e demais pessoas da comunidade LGBT, sendo vítimas de tratamento discriminatório, demonstra omissão que frustra a autoridade do Direito, que desprestigia o interesse público, que gera o descrédito das instituições e que compromete o princípio da igualdade.

O Ministro (2019, p. 102) destacou ainda os princípios de YOGYAKARTA (2006, Princípio n. 3) – já mencionados neste referido trabalho, onde se expõe o direito de qualquer pessoa ser reconhecida como pessoa perante a lei em qualquer lugar, significando que homossexuais e transgêneros e qualquer pessoa da comunidade LGBTQIAP+ tem prerrogativa de receber igual proteção das leis e do sistema instituído pela Constituição Federal, não sendo aceitável qualquer dispositivo que proporcione discriminação, intolerância, desrespeito e desigualdade em razão de sua orientação sexual ou identidade de gênero.

Quanto à liberdade de expressão, o Ministro (2016, p. 106) destaca que a incitação ao ódio público contra qualquer pessoa ou grupo social não está protegida na clausula constitucional da liberdade de expressão, sendo importante ressaltar que a própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no artigo 13, § 5º (CADH, 1969), também faz essa exclusão desse tipo de pensamento do âmbito da proteção da liberdade da manifestação de pensamento.

Vale ressaltar que alguns posicionamentos divergiram da decisão final do julgamento da ADO 26. Para Samara Oliveira Pinho (2019, p. 55), esta decisão fortalece o descrédito aos participantes do Poder Legislativo e inclinação para a criminalização da política, com base no atual cenário de frequentes escândalos de corrupção e inúmeros processos e investigações que envolvem agentes públicos e políticos,

que são notoriamente conhecidos. Desta feita, o STF termina por simbolizar a instância viável e legítima de assunção de diversas pautas reivindicadas pela população, representando o fórum soberano de discussão, inclusive, de temas que originalmente deveriam ter sido apreciados pelos congressistas, como é o caso da criminalização da homofobia e transfobia. Com tantas crises instaladas na política brasileira, o STF encontra também apoio e atenção social quanto à valorização de sua atuação.

O Professor-Doutor de Direito Constitucional na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Conrado Hübner Mendes (2018), entende que o STF, numa visão pragmática, "agride a democracia" com esta decisão. Em texto dissertativo publicado na Folha de São Paulo, em 28 de janeiro de 2018, o autor argumenta que o Tribunal em questão assumiu uma posição de "Poder Tensionador", deixando de ser até mesmo o Poder Moderador que já havia incorporado em sua atividade. Em consequência, o STF passa a disseminar incertezas e incita mais os conflitos, uma vez que os ministros atuam de maneira insegura quanto aos seus próprios entendimentos e não apresentam ritos e procedimentos estáveis, que possam orientar os jurisdicionados.

A utilização da interpretação conforme, como instrumento hermenêutico para asseguração dos direitos fundamentais é louvável, desde que utilizada com moderação e observando o princípio da proporcionalidade – princípio vislumbrado com clareza diante das argumentações pontuadas pelo Ministro Celso de Mello e expostas neste trabalho.

CONCLUSÃO

Percebe-se que os direitos da comunidade LGBTQIAP+ foram por muitos anos negligenciados como podemos concluir com os dados expostos neste trabalho, mas, por outro lado, a evolução também é perceptível. Nesse sentindo, vale lembrar que é dever do Estado garantir que todas as pessoas vivam com o máximo de dignidade, criando leis que evoluam com a sociedade, para obter uma proteção mais ampla para cada individuo.

Este trabalho tem como objetivo parcial analisar conceitos fundamentais (homofobia, transfobia, identidade de gênero e despatologização da homossexualidade e transexualidade) para a compreensão dos direitos resguardados a essa minoria desfavorecida. Entendo que abordar estes temas é imprescindível para percebermos de maneira mais global esta problemática que está longe de ter um fim.

A luta da comunidade LGBTQIAP+ ao longo dos anos coleciona um histórico de violência e repressão – dados mostram que o Brasil é considerado um dos lugares mais perigosos para as pessoas desta comunidade. Contudo, alguns avanços no ordenamento jurídico brasileiro, como já mencionado neste referido Trabalho de Conclusão de Curso, mostram que estamos caminhando da evolução, na busca dos direitos desta comunidade e na repressão as tentativas de impor preconceitos.

Destacam-se diversas dessas conquistas como o reconhecimento de casais homoafetivos como família, direito à doação de sangue por homens homossexuais e o objeto deste trabalho, a criminalização da homofobia e transfobia.

Dito isto, ressalto que a ADO 26 teve um impacto significativo na jurisprudência brasileira, trazendo maior proteção jurídica para a comunidade LGBTQIAP+ e reforçando o combate à discriminação e à violência motivada pela orientação sexual ou identidade de gênero.

É importante ressaltar que a equiparação da homofobia e da transfobia ao crime de racismo pelo STF não significa que a discriminação e a violência contra pessoas LGBTIAP+ sejam exatamente iguais ao racismo, mas sim uma forma de garantir a proteção dos direitos fundamentais desses grupos até que uma lei específica seja criada. A criação de uma legislação específica para tratar da homofobia e da transfobia ainda depende de iniciativa e aprovação pelo Congresso Nacional.

Sobre o tema citado não restam dúvidas que o Estado tem como dever precípuo atuar na defesa contra qualquer comportamento que possa gerar desrespeito à alteridade, especialmente quando as condutas desviantes instaurarem tratamentos discriminatórios, se tornando mais do que aceitável a ampliação do enquadramento do conceito de racismo como forma de mitigar as agressões a diversos grupos historicamente marginalizados.

Referências Bibliográficas

Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº. 26 (Proc.9996923- 64.2013.1.00.0000). Supremo Tribunal Federal. Tribunal. Pleno. Requerente: Partido Popular Socialista. Intimados: Congresso Nacional. Relator: Min.: Celso de Mello. 20/02/2019

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Por um direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no âmbito do direito de família**. 2009. Dissertação de mestrado - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - Belo Horizonte, 2009. Orientador: Walsir Edson Rodrigues Júnior. pag.58

BENTO, Berenice. **O que é transexualidade**. São Paulo: Brasiliense, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Elogio da serenidade.** 1ª ed. São Paulo: Editora UNESP, 2002.

BUTLER, J. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. 11ª ed.. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Ed., Coimbra: Almedina, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado. 14 ed. rev. e atual.** São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1146.

FIRMINO, Flávio Henrique; PORCHAT, Patrícia. **Feminismo, identidade e gênero em Judith Butler: apontamentos a partir de "problemas de gênero"**. Doxa: Rev. Bras. Psicol. Educ., Araraquara, v.19, n.1, p. 51-61, jan./ jun. 2017. ISSN: 1413-2060.

MARASCIULO, Marília. **O que significam as letras da sigla LGBTQI+?.** GALILEU, 2020. Disponível em:< https://revistagalileu.globo.com/Sociedade/noticia/2020/03/o-que-significam-letras-da-sigla-lgbtqi.html >. Acesso em: 12. out. de 2022.

MENDES, Conrado Hübner. **Na prática, ministros do STF agridem a democracia, escreve professor da USP**. 2018. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.shtml. Acesso em: 03 fev. 2022.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional. Coleção Esquematizado**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2022: Capítulo 6

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

MORAES, Alexandre de**. Direito Constitucional**. 21ª Edição. Editora Atlas Jurídico. São Paulo, 2007.

BORRILLO, D. **Homofobia: história e crítica de um preconceito**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015.

NASCIMENTO, Pâmela. O movimento LGBT brasileiro e a necessidade da judicialização da política frente à vulnerabilidade legislativa. Novos Saberes (ISSN: 2359-1986), v. 6, n. 2, 2019.

OLIVEIRA, José Marcelo Domingos de; MOTT, Luiz. **Mortes violentas de LGBT+ no Brasil – 2019**: Relatório do Grupo Gay da Bahia. Salvador: Editora Grupo Gay da Bahia, 2020.

ONG Transgender Europe (TGEU). **Mapa de direitos trans 2021 documenta perda alarmante de direitos trans**. Disponível em: < https://tgeu.org/trans-rights-map-2021/>. Acesso em: 04 nov. 2022.

PINHO, Samara. Oliveira. **Aspectos do contexto fático-jurídico do debate sobre a criminalização da homofobia e transfobia: análise qualitativa e quantitativa da omissão legislativa em face do apelo (social) ao STF**. Revista digital constituição e garantia de direitos vol. 12, nº 1.

RIOS, Roger Raupp. **O conceito de homofobia na perspectiva dos direitos humanos e no contexto dos estudos sobre preconceito e discriminação. Rompendo o silêncio: homofobia e heterossexismo na sociedade contemporânea**. 2007 < Disponibilizado em: https://www.academia.edu/2393403/Rompendo_o_sil%C3%AAncio_homofobia_e_heterossexismo>. Acesso em 10 de maio de 2023.

SILVA Jr., Enézio de Deus. **Diversidade sexual e suas nomenclaturas**. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: RT, 2011.

STRECK, Lenio L. O Que é Isto – **Decido Conforme Minha Consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

YOGYAKARTA PRINCIPLES. **Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero**. Yogyakarta, Indonésia, 2006. <Disponibilizado em: http://yogyakartaprinciples.org/ >. Acesso em 30 de abril de 2023.

São Paulo, _____/_____/_____.

Assinatura do Aluno